

# Niet-nakoming in de Principles of European Contract Law en in het Nederlandse recht

Citation for published version (APA):

Smits, J. M., & Meiser, P. L. P. (2000). Niet-nakoming in de Principles of European Contract Law en in het Nederlandse recht. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 17, 476-482.

## Document status and date:

Published: 01/01/2000

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

## Niet-nakoming in de Principles of European Contract Law en in het Nederlandse recht

J.M. Smits en P.L.P. Meiser\*

### 1. Inleiding

Als één van de belangrijkste voordelen van het vervaardigen van *Principles of European Contract Law* (PECL) wordt door de ontwerpers zelf genoemd het (op den duur<sup>1</sup>) ontstaan van meer rechtszekerheid voor contractspartijen in de Europese interne markt. Indien het Europees contractenrecht wordt geharmoniseerd, behoeft immers niet meer te worden gevreesd voor toepassing van vreemd – en dus onbekend – recht en daarmee zal de transnationale handel aanzienlijk worden bevorderd.<sup>2</sup> Dit argument speelt vooral bij de contractuele remedies: wie niet al vóór het sluiten van de overeenkomst weet welke acties hij binnen welke termijn moet instellen jegens een buitenlandse contractspartij, hoeft zich doorgaans wel voor het deelnemen aan grensoverschrijdend handelsverkeer. Vandaar ook dat juist die contractuele remedies onlangs het onderwerp waren van een belangrijke Europese richtlijn<sup>3</sup> en vandaar waarschijnlijk ook dat de bepalingen over non-conformiteit in de PECL als eerste werden opgesteld.<sup>4</sup>

In deze bijdrage beogen wij om de regeling inzake de remedies in de PECL te vergelijken met die van het Nederlandse recht. Daarmee worden hoofdstuk 8 ('Non-Performance and Remedies in General') en een deel van hoofdstuk 9 ('Particular Remedies for Non-Performance') van de PECL besproken.<sup>5</sup> Daartoe wordt eerst (paragraaf 2) onderzocht wat het systeem is van de niet-nakoming, zoals neergelegd in hoofdstuk 8 van de PECL, en hoe dit systeem moet worden geplaatst binnen de diverse Europese rechtssystemen. Vervolgens is de weg vrij om voor een aantal leerstukken te bezien welke expliciete keuzen door de *Commission on European Contract Law*

---

\* Jan Smits is hoogleraar Europees Privaatrecht en Paul Meiser is docent Privaatrecht aan de Universiteit Maastricht.

<sup>1</sup> Daargelaten op welke wijze; de ontwerpers zelf lijken er van uit te gaan dat de PECL een eerste stap zijn op weg naar een toekomstige 'European Code of Contracts' (zie p. xxiii van het in de volgende noot genoemde werk). Zie voor kritische geluiden over de Principles als voorloper van een Europees BW Kristina Riedl, *The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint*, ERPL 2000, p. 71 v. en Jan M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, Deventer 2000, p. 22 v.

<sup>2</sup> Zie Ole Lando/Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II Combined and Revised*, The Hague etc. 2000, p. xxi en vooral ook Ole Lando, *Principles of European Contract Law; An Alternative or a Precursor of European Legislation*, *RabelsZ* 56 (1992), p. 261 v.

<sup>3</sup> Richtlijn 1999/44 van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumentengoederen, Pb. EG 1999, L 171/12. De richtlijn beperkt zich tot *bepaalde* acties bij consumentenkoop.

<sup>4</sup> Namelijk in voorlopige vorm al opgenomen in Ole Lando/Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, Dordrecht 1995.

<sup>5</sup> De remedies in de PECL zijn eerder besproken door D. Busch/E.H. Hondius, *Een nieuw contractenrecht voor Europa*, *NJB* 75 (2000), p. 844 v.; (in Belgisch-Nederlands perspectief) de bijdragen aan Jan Smits/Sophie Stijns (red.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen-Groningen 2000; Lena Olsen, *The choice of the aggrieved party – An analysis of the remedies in the Principles of the European Contract Law*, ERPL 1999, p. 21 v.; Jan Smits, *Europees privaatrecht in wording*, Antwerpen-Groningen 1999, p. 223 v.; de bijdragen van Ole Lando en Hugh Beale aan Arthur Hartkamp et al (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 1998, p. 333 v. en 348 v.; Reinhard Zimmermann, *Konturen eines Europäischen Vertragsrechts*, *JZ* 50 (1995), p. 477 v.

zijn gemaakt bij het vormgeven van de beoogde 'common core'. Dit wordt nagegaan voor de beschikbaarheid van de diverse remedies en vervolgens wordt bekeken in hoeverre ook de bijzondere remedies van hoofdstuk 9 uiting zijn van een bewuste keuze. De nadruk ligt daarbij op schadevergoeding, ontbinding en nakoming. Steeds wordt ook gezien waarin de regeling der remedies in de PECL verschilt van die in het - op dit punt uit 1992 daterende - Nederlandse recht. Bovendien zou het kunstmatig zijn om de zojuist genoemde Europese richtlijn buiten beschouwing te laten. Die richtlijn over non-conformiteit bij consumentenkoop is namelijk al betiteld als de kern van een toekomstig Europees contractenrecht.<sup>6</sup> Ook vergelijken we de PECL met het Weens Koopverdrag,<sup>7</sup> immers een andere belangrijke tekst die unificatie beoogt op juist het vlak van de contractuele remedies.

## 2. Niet-nakoming in de PECL en in Europa: systematiek en afweging van belangen

Het is niet verrassend dat in de PECL is gekozen voor de zogenaamde *uniforme* benadering van het begrip niet-nakoming. De ontwerpers hadden de keuze tussen een systeem waarbij iedere vorm van niet-nakoming (zoals onmogelijkheid van nakoming, gebrekkige nakoming en niet-tijdige nakoming) elk zijn eigen regels kent en een systeem waarin een uniform begrip niet-nakoming als basis dient voor gelijklopende regels over toerekenbaarheid, verzuim, verjaring, etc. De laatste benadering verdient uiteraard de voorkeur vanuit een oogpunt van systematiek; zij ligt onder meer ten grondslag aan het Franse, Engelse en Nederlandse recht met hun 'inexécution', 'breach of contract' en 'tekortkoming'.<sup>8</sup> Slechts in het Duitse recht wordt - om redenen van historische aard<sup>9</sup> - gedeeltelijk de eerste benadering gevolgd, doch dat is daar ernstig bekritiseerd. Bij de in Duitsland voorgenomen herziening van het verbintenissenrecht<sup>10</sup> keert het wettelijk onderscheid tussen enerzijds 'Vertragsverletzung' in geval van onmogelijke of vertraagde nakoming (Par. 280 e.v. BGB) en anderzijds gebrekkige nakoming bij koop (Par. 459 e.v. BGB) dan ook niet terug. Een werkelijk dilemma was er daarmee niet voor de ontwerpers van de PECL, die zich ook nog eens konden beroepen op het Weens Koopverdrag.<sup>11</sup> In art. 1:301 is dan ook onomwonden aangegeven dat 'non-performance' elke niet-nakoming omvat. Art. 8:101 koppelt dat begrip aan de contractuele remedies door in geval van 'non-performance' de remedies van hoofdstuk 9 PECL ter beschikking van de schuldeiser te stellen. Of de actie werkelijk ter beschikking staat, hangt uiteraard wel af van de verdere voorwaarden die daaraan steeds per actie worden gesteld.

Of een specifieke actie ter beschikking staat van de schuldeiser, is in het systeem van de PECL vooral afhankelijk van de vraag of de tekortkoming toerekenbaar is aan de schuldenaar of niet. Indien de tekortkoming wel toerekenbaar is aan de schuldeiser, staan alle 'particular remedies' van hoofdstuk 9 tot zijn beschikking (art. 8:101 lid 1). Behalve nakoming (art. 9:101) en schadevergoeding (art. 9:501) zijn dat opschorting van zijn eigen prestatie (art. 9:201), ontbinding (9:301) en prijsvermindering (art. 9:401). Is de tekortkoming niet-toerekenbaar, dan resteren enkel de laatste drie acties (art. 8:101 lid 2).

<sup>6</sup> Vgl. Norbert Reich, Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht, NJW 52 (1999), p. 2398.

<sup>7</sup> Verdrag der Verenigde Naties inzake Internationale Koopovereenkomsten betreffende Roerende Zaken van 11 april 1980, Trb. 1986, 61.

<sup>8</sup> Zie voor Nederland art. 6:74 BW. Hiermee is overigens nog niets gezegd over de neutraliteit van het begrip: in de PECL is *non-performance* neutraal in de zin dat daarmee nog geen toerekenbaarheid is geïmpliceerd, de Engelsrechtelijke term *breach of contract* impliceert wel verwijtbaarheid.

<sup>9</sup> Zie Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Cape Town 1990, p. 783 v.

<sup>10</sup> Waarover in het perspectief van richtlijn 1999/44 recent Gert Brüggemeier, Zur Reform des deutschen Kaufrechts, JZ 55 (2000), p. 529 v. Het nieuwe uniforme begrip wordt 'Pflichtverletzung'.

<sup>11</sup> Art. 45 en 61 Weens Koopverdrag. En trouwens ook op art. 7.1.1 Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

Voor de Nederlandse jurist is dit systeem niet opzienbarend, hoewel de wijze van implementatie van de uniforme tekortkoming in het BW ietwat anders is dan in de PECL: het BW kent immers geen aparte bepaling gewijd aan wat een tekortkoming is, maar herhaalt dat begrip enkel in art. 6:74 BW en 6:265 BW om aan de algemene rechtsleer (vooralsnog echter vooral de parlementaire geschiedenis<sup>12</sup>) over te laten wat het begrip inhoudt. Systematisch is er voorts dit verschil dat de begrippen toerekenbaarheid en 'fundamental non-performance' in hoofdstuk 8 op betrekkelijk abstracte wijze worden gedefinieerd, terwijl daarop pas wordt voortgebouwd bij de specifieke acties in hoofdstuk 9. Daarnaast is voor Nederlandse juristen het op één lijn plaatsen van de prijsvermindering en de andere acties van de schuldeiser opvallend. De *actio quanti minoris* is naar Nederlands recht immers geen aparte wettelijk geregelde actie, maar hoogstens een afgeleide van de gedeeltelijke ontbinding (art. 6:270 BW) of de wijzigingsbevoegdheid bij dwaling (art. 6:230 BW). Dat impliceert dat naar Nederlands recht ook voldaan moet zijn aan de voorwaarden voor die acties, waar de PECL enkel een non-conforme prestatie vereisen.<sup>13</sup>

Nu betreft het tot nu toe besprokene vooral een kwestie van wettelijke ordening; van meer rechtspolitieke keuzen in de PECL blijkt zodra wij ons wenden tot de overige bepalingen van hoofdstuk 8 en tot de contractuele remedies zelve. Onder 'rechtspolitiek' verstaan wij in dit kader het wegen van de belangen van schuldeiser en schuldenaar. In welke regeling van de contractuele remedies dan ook zal immers het belang van de schuldeiser bij een correcte en snelle nakoming of eenvoudige ontbinding of verkrijging van schadevergoeding moeten worden afgewogen tegen het belang van de schuldenaar om niet op te lichtvaardige wijze aansprakelijk te worden gesteld.<sup>14</sup> Dat de wijze waarop deze belangen worden gewogen per land kan verschillen, bleek onlangs nog eens bij het vaststellen van de richtlijn verkoop en garanties bij consumentenkoop.<sup>15</sup> Duitsland stemde in 1998 tegen in de Raad bij het bepalen van het gemeenschappelijk standpunt omdat het het belang van de verkoper bij (onder meer) een zo kort mogelijke verjaringstermijn (naar Duits voorbeeld<sup>16</sup>) van de vordering wegens non-conformiteit te zeer geschonden achtte. De PECL bevatten geen verjaringstermijnen, maar - zoals hieronder zal blijken - zijn er meer 'technisch' lijkende regels waaraan duidelijk rechtspolitieke keuzen ten grondslag liggen. In de volgende paragraaf besteden wij eerst in het algemeen aandacht aan de beschikbaarheid van remedies voor de crediteur. Daarna komen achtereenvolgens de acties tot schadevergoeding (paragraaf 4), ontbinding (paragraaf 5) en nakoming (paragraaf 6) aan de orde. Met deze indeling wordt aangesloten bij wat de ontwerpers zelf zien als de meest voor de hand liggende volgorde van acties: zoals nog zal blijken, is schadevergoeding in het systeem van de PECL relatief eenvoudig te verkrijgen en worden aan ontbinding en nakoming meer eisen gesteld dan naar Nederlands recht.<sup>17</sup>

### 3. De beschikbaarheid van remedies voor de crediteur

Hoe meer acties de schuldeiser uit overeenkomst ongelimiteerd tot zijn beschikking heeft, hoe meer diens belang wordt bevoordeeld boven dat van de debiteur. Een crediteur die de vrije keuze

<sup>12</sup> Zie PG Boek 6, p. 258 en J.M. Smits, Niet-nakoming, Nijmegen 1997, p. 14.

<sup>13</sup> De *actio quanti minoris* is wel opgenomen in het Weens Koopverdrag (art. 50), niet in de Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Ook de Richtlijn 1999/44 kent het recht (art. 3) als zelfstandige actie.

<sup>14</sup> Zie ook Olsen, ERPL 1999, p. 21 v.

<sup>15</sup> Richtlijn 1999/44 van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumentengoederen, Pb. EG 1999, L 171/12.

<sup>16</sup> In geval van de *Gewährleistungsanspruch* van Par. 477 BGB (bij een gebrekkige nakoming) is die termijn zes maanden, in de richtlijn minimaal twee jaar.

<sup>17</sup> Zie paragraaf 4-6. Opvallend is wel dat de volgorde in de PECL de traditionele civil law-volgorde is met nakoming eerst, schadevergoeding en ontbinding daarna. Zou het kunnen dat het *inhoudelijke* compromis tussen civil law en common law dat de PECL zijn, niet ook in de systematiek van de PECL is doorgevoerd?

heeft tussen de in paragraaf 2 genoemde bijzondere remedies van nakoming, schadevergoeding, opschorting, ontbinding en prijsvermindering kan door de debiteur nu eenmaal niet worden gedwongen om de voor de laatste in de gegeven omstandigheden minst ingrijpende remedie te kiezen. Traditioneel is het in de Europese rechtsstelsels zo dat die vrije keuze tussen de verschillende remedies in beginsel wel bestaat, maar dat elke remedie *zelf* nadere voorwaarden stelt aan de mate waarin die remedie kan worden ingesteld. Zo wordt in Europa voor het vorderen van schadevergoeding doorgaans toerekenbaarheid geëist en voor het vorderen van ontbinding soms de aanwezigheid van een tekortkoming die 'fundamenteel' is. Een algemene regel inzake een hiërarchische verhouding tussen de diverse remedies ontbreekt doorgaans.

Het enige land waar dit anders is, is – wederom – Duitsland. Hier kunnen namelijk de actie tot schadevergoeding en tot ontbinding niet cumulatief worden ingesteld (Par. 325-326 BGB) omdat met de ontbinding de overeenkomst niet langer bestaat en aan de vordering tot schadevergoeding dus de grondslag wordt ontnomen.<sup>18</sup> De PECL kiezen in art. 8:102 op het voetspoor van het Weens Koopverdrag (art. 45 lid 2) voor de heersende benadering door te bepalen dat remedies die niet incompatibel zijn (zoals het geval is bij nakoming en ontbinding) mogen cumuleren.<sup>19</sup> Dit lijkt een duidelijke regel, maar bedacht zij dat net als naar Nederlands recht redelijkheid en billijkheid (art. 1:201, voor dit geval expliciet uitgewerkt in art. 8:101 lid 3) ook in het systeem van de PECL in de weg kunnen staan aan het instellen van een remedie. Naar Nederlands recht zou dat laatste onder meer het geval zijn indien de schuldeiser het aan zichzelf heeft te wijten dat de schuldenaar niet nakomt. Behalve aan schuldeisersverzuim kan worden gedacht aan niet-nakoming, veroorzaakt door onjuiste of onvolledige informatie die door de schuldeiser aan de schuldenaar is verschaft.<sup>20</sup> Of de redelijkheid en billijkheid ook in de weg kunnen staan aan het vorderen van ontbinding waar schadevergoeding een minder zwaar middel is, wordt besproken in paragraaf 5.

Het belang van de schuldenaar wordt niet alleen behartigd door de algemene bepaling over redelijkheid en billijkheid. De hoofdregel van art. 8:102 PECL - duidelijk geschreven in het belang van de schuldeiser - wordt namelijk aangevuld door art. 8:104 dat een 'zuivering van het verzuim' mogelijk maakt zolang de fatale termijn nog niet is verstreken of de onjuiste niet-nakoming nog geen fundamenteel non-performance' oplevert. De regel van het Nederlandse art. 6:86 BW, dat weigering van de zuivering mogelijk maakt indien niet tevens schadevergoeding wordt aangeboden, is niet met zoveel woorden in de PECL opgenomen.<sup>21</sup> Aan de andere kant ontbreken in de PECL weer regels over verzuim van de schuldenaar – ook die kunnen worden beschouwd als dienende ter bescherming van deze laatste. Wel kennen de PECL in art. 8:106 de in Nederland niet erkende *Nachfrist*: de schuldeiser mag zijn wederpartij een termijn voor de nakoming bieden. Het Weens Koopverdrag bepaalt in art. 47 en 63 hetzelfde, maar de wijze waarop in de PECL het compromis tussen belang van crediteur en debiteur is gevonden, is fraai: de *crediteur* verkrijgt door het stellen van de *Nachfrist* zekerheid dat hij na ongebruikt verloop daarvan kan ontbinden, maar gedurende de periode dat de *Nachfrist* loopt, kan de *debiteur* enkel worden geconfronteerd met een actie tot opschorting en schadevergoeding.<sup>22</sup> De soms moeilijk te beantwoorden vraag of sprake is van 'fundamenteel non-performance' wordt hiermee omzeild.

Het zou nu een misvatting zijn te menen dat het toekomstige Europese recht inzake de remedies in overeenstemming met de hoofdregel van art. 8:102 zal zijn. In de richtlijn verkoop en garanties bij consumentenkoop uit 1999 wordt namelijk wel degelijk een hiërarchie tussen de diverse remedies geschapen. Indien een consument-koper wordt geconfronteerd met een niet-

<sup>18</sup> Vgl. Zimmermann, JZ 50 (1995), p. 485.

<sup>19</sup> Zie echter art. 9:401 over de cumulatie van schadevergoeding en prijsvermindering.

<sup>20</sup> Zie art. 8:101 lid 3 en Comment B, p. 360.

<sup>21</sup> Maar geldt wellicht op grond van redelijkheid en billijkheid. Zie ook art. 48 Weens Koopverdrag.

<sup>22</sup> Zie Zimmermann, p. 484. Ik besteed geen aandacht aan art. 8:105 lid 1 PECL, dat qua strekking overeenkomt met art. 6:263 BW inzake de onzekerheidsceptie.

conforme zaak, kan hij in eerste instantie slechts herstel of vervanging vorderen; pas indien de koper daarop geen recht heeft of de verkoper deze niet verricht, is prijsvermindering of ontbinding mogelijk.<sup>23</sup> Dit wekt enige verbazing omdat als een van de voordelen van de PECL het creëren van een infrastructuur voor Europees gemeenschapsrecht wordt genoemd.<sup>24</sup> Die infrastructuur kan door de PECL op dit punt moeilijk worden gegeven.<sup>25</sup>

#### 4. Schadevergoeding en toerekenbaarheid

Zoals bekend wordt de vraag wanneer schadevergoeding verschuldigd is in geval van een tekortkoming verschillend beantwoord in civil law en common law. In de continentaal-Europese landen wordt dat in beginsel afgemeten aan de schuld van de debiteur (kan hem de tekortkoming verweten worden? Zo ja, dan moet hij betalen), in het Engelse recht telt in beginsel enkel het niet presteren (wie niet nakomt, is aansprakelijk).<sup>26</sup> Al even bekend is dat in het Weens Koopverdrag (art. 79) is getracht een compromis tussen beide benaderingen te vinden: niet enkel aansprakelijkheid van de contractspartij in geval van schuld, maar ook indien de tekortkoming niet 'buiten haar macht' lag. Deze formulering is bijna letterlijk overgenomen in art. 8:108 PECL,<sup>27</sup> dat overmacht aanwezig acht indien de tekortkoming van de nalatige partij 'is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences'.<sup>28</sup>

Het stellen van deze drie vereisten (de verhindering die de tekortkoming veroorzaakt ligt buiten de macht van de debiteur, hij kon geen rekening houden met de verhindering en hij kon de verhindering met zijn gevolgen niet vermijden of te boven komen<sup>29</sup>) leidt tot een resultaat dat vergelijkbaar is met het Nederlandse art. 6:75 BW. Zo vallen het uitvallen van een machine en fouten van hulppersonen volgens de PECL binnen de macht van de debiteur,<sup>30</sup> zoals die naar art. 6:75 BW voor diens risico komen. De PECL bevatten echter geen aparte bepalingen over de aansprakelijkheid voor hulppersonen of gebruikte zaken, zoals het BW die wel kent in art. 6:76 en 6:77. Art. 8:108 PECL is overigens slechts bedoeld voor het geval waarin nakoming onmogelijk is, niet voor dat waarin nakoming wel kan maar in redelijkheid niet van de debiteur kan worden gevergd. Voor dat laatste geval is art. 6:111 inzake *imprévision* geschreven, zij het dan dan sprake moet zijn van een ná de contractssluiting opgetreden 'verhindering'.<sup>31</sup>

Een interessante regel in de PECL die het Nederlands BW niet kent (doch die wel is opgenomen in art. 79 lid 4 Weens Koopverdrag) is dat de tekortschietende partij de crediteur

---

<sup>23</sup> Art. 3 Richtlijn.

<sup>24</sup> Lando/Beale (eds.), p. xxii.

<sup>25</sup> Daar komt nog bij dat art. 8:109 de regels over remedies van aanvullend recht verklaart (behoudens dat het in strijd met redelijkheid en billijkheid kan zijn om beroep te doen op een exonerationclausule); bij consumentenkoop is blijkens art. 7 richtlijn sprake van dwingend recht.

<sup>26</sup> Naar Engels recht is de geschonden contractuele bepaling immers veeleer een 'garantie'. Zie bijv. Zweigert/Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford 1998, p. 503.

<sup>27</sup> En in art. 7.1.7 *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* 1994. Zie daarover Smits, *Niet-nakoming*, p. 40 v.

<sup>28</sup> Dat schuld niet nodig is, wordt nog eens benadrukt in Comment A bij Art. 9:501, p. 434.

<sup>29</sup> Voor een uitsplitsing van die vereisten zie Art. 8:108, Comment C, p. 379-380.

<sup>30</sup> Art. 8:108, Comment C, p. 380.

<sup>31</sup> Zie Art. 6:111, Comment A, p. 324 en Art. 8:108, Comment A, p. 379. Naar Nederlands recht zouden wij hetzelfde aannemen indien tenminste de *relatieve* onmogelijkheid ook onder art. 8:108 wordt gebracht. Of dat zo is, wordt niet met zoveel woorden in de Comments en Notes gesteld. Het zou echter af te leiden zijn uit art. 8:108 PECL, Comment C, p. 379, waar wordt gesteld dat in geval de debiteur moet terugvallen op illegale middelen om na te komen, dit van hem niet mag worden verwacht omdat er een 'insurmountable impediment' bestaat.

binnen een redelijke termijn in kennis moet stellen van de verhindering en de gevolgen daarvan voor haar vermogen om na te komen.<sup>32</sup> Verzuim daarvan leidt tot de plicht de daardoor ontstane schade te vergoeden. Naar Nederlands recht kan deze meldingsplicht voortvloeien uit redelijkheid en billijkheid. In het geval dat de tekortkoming toerekenbaar is aan de debiteur, is het praktisch belang hiervan echter beperkt omdat dan sowieso al een schadevergoedingsplicht bestaat.

Staat vast dat de tekortkoming geen overmacht oplevert, dan kan de crediteur schadevergoeding vorderen (art. 9:501 PECL) indien voldaan is aan de verdere vereisten van schade (de Engelsrechtelijke mogelijkheid van 'nominal loss' is daarmee uitgesloten; de schade kan wel immaterieel zijn<sup>33</sup>) en causaal verband. Die laatste eis wordt anders ingevuld dan naar huidig Nederlands recht. Slechts de schade die de debiteur bij het sluiten van de overeenkomst voorzag of had behoren te voorzien als waarschijnlijk gevolg van de tekortkoming komt voor vergoeding in aanmerking.<sup>34</sup> Deze beperking tot *voorzienbare* schade is beperkter dan de Nederlandse toerekening naar redelijkheid (art. 6:98 BW), maar de Nederlandse regel is in Europa dan ook niet de heersende. Indien de schade is te wijten aan opzet of grove nalatigheid van de debiteur, vervalt de eis van voorzienbaarheid echter volgens de PECL,<sup>35</sup> waarmee het resultaat niet ver af zal wijken van het Nederlandse recht dat aan de hand van het gezichtspunt 'de aard van de aansprakelijkheid' tot eenzelfde resultaat zal komen.

In afwijking van het Nederlandse recht onderscheiden de PECL tussen de invloed van eigen schuld op de schadevergoedingsverplichting en de plicht van de crediteur om de schade te beperken. Waar deze beide onderwerpen onder de regel van art. 6:101 lid 1 BW vallen, is de eigen schuld in de PECL geregeld in art. 9:504 en de schadebeperkingsplicht in art. 9:505. Inhoudelijk verschillen deze regels niet wezenlijk van het Nederlandse recht, zij het dat de PECL de billijkheidscorrectie niet kennen. Bedacht zij daarbij echter dat die correctie naar Nederlands recht vooral een rol speelt bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. De 'alles-of-niets' benadering had in de Europese stelsels – behalve in Engeland<sup>36</sup> – al eerder afgedaan voor een verdeling van de schade naar ieders aandeel in de veroorzaking ervan en de PECL brengen dat terecht tot uitdrukking.

In het spanningsveld tussen crediteur en debiteur lijkt de crediteur die schadevergoeding wenst in de PECL een sterke positie in te nemen. Een regel omtrent verzuim ontbreekt en er zijn aanwijzingen dat het overmachtsbegrip van de PECL beperkter is dan het Nederlandse. Aan de andere kant komt – anders dan in Nederland – in beginsel alleen voorzienbare schade voor vergoeding in aanmerking. Het is echter weinig zinvol om dit soort conclusies te trekken op basis van enkel de PECL en de Comments daarop: te vaak zijn deze te summier om een onderbouwd oordeel te geven over verschillen en overeenkomsten met het Nederlandse recht. Wij hebben weinig illusies over het unificerende effect van juist begrippen als overmacht en causaliteit. Die laten uit de aard der zaak ruimte voor rechterlijke vrijheid zodat diversiteit hier – ook bij invoering van een Europees contractenrechtwetboek – zal blijven bestaan.

## 5. Ontbinding en 'fundamental non-performance'

In het voorafgaande is al enkele malen gesproken van een 'fundamental non-performance'. In het stelsel van de PECL wordt namelijk onderscheid gemaakt tussen deze meer 'ernstige' tekortkoming en de 'reguliere' tekortkoming. Wanneer sprake is van de eerste staan de crediteur meer

---

<sup>32</sup> Art. 8:108 lid 3 PECL.

<sup>33</sup> Art. 9:501 lid 2 sub a PECL.

<sup>34</sup> Zie voor de herkomst van deze 'contemplation rule' (ook neergelegd in art. 74 Weens Koopverdrag) Zimmermann, JZ 50 (1995), p. 482.

<sup>35</sup> De Unidroit Principles noch het Weens Koopverdrag kennen deze extra regel. Hij is kennelijk geïnspireerd door Frans recht (art. 1150 en 1151 Code Civil).

<sup>36</sup> Zie ook Art. 9:505, Note 1, p. 447. Het Weens Koopverdrag (art. 77) kent alleen de schadebeperkingsplicht.

rechtsmiddelen ter beschikking dan wanneer sprake is van een reguliere tekortkoming. Zo kan de schuldeiser in dat geval de zuivering van het verzuim zonder meer afwijzen (art. 8:104 PECL)<sup>37</sup> en indien hij op goede grond mag vrezen dat de wederpartij zich schuldig zal maken aan een tekortkoming die 'fundamental' is, kan hij de onzekerheidsexceptie inroepen en een garantie inzake de nakoming vragen (art. 8:105). Het meest belangrijk is echter dat blijkens art. 9:301 PECL alleen in dat geval ontbinding van de overeenkomst mogelijk is.<sup>38</sup> Ook hier heeft het wegen van belang van crediteur en debiteur tot deze eis geleid: enerzijds heeft de crediteur belang bij een zo breed mogelijke bevoegdheid een einde aan de overeenkomst te maken, anderzijds eist het belang van de debiteur – die vaak al kosten voor de uitvoering heeft gemaakt – dat hij kan nakomen zolang hij dat wenst.<sup>39</sup> De eis van een 'wezenlijke tekortkoming' – ook opgenomen in het Weens Koopverdrag (art. 49 en 64) en vooral toegepast in het Engelse recht – zou beide belangen moeten wegen.

Wanneer is sprake van een wezenlijke tekortkoming? Het Weens Koopverdrag (art. 25) hanteert hier een vage formule, maar de PECL zijn in art. 8:103 concreter. Geïnspireerd door het Engelse recht<sup>40</sup> worden drie gevallen onderscheiden. Het eerste (sub a) is dat waarin partijen eenvoudigweg zélf zijn overeengekomen dat het strikt nakomen van de overeenkomst essentieel is. Elke tekortkoming, ook die van geringe aard, is dan reden voor ontbinding. Dat strikte nakoming 'of the essence' is, kan ook impliciet uit bijvoorbeeld de aard van de overeenkomst (handelscontract) of gewoonte worden afgeleid. Het geval van de wezenlijke tekortkoming dat sub b wordt genoemd, oriënteert zich wel op de ernst van de gevolgen van de tekortkoming: indien de tekortkoming er toe leidt dat de crediteur 'substantially' wordt ontnomen waartoe hij gerechtigd was, mag hij eveneens ontbinden. Dat is anders als de debiteur de gevolgen van zijn tekortkoming niet voorzag of niet kon voorzien. Ten slotte is er (sub c) een wezenlijke tekortkoming indien de debiteur opzettelijk niet-nakomt én de crediteur daardoor redelijkerwijs niet meer kan vertrouwen op nakoming door de debiteur. Die laatste eis impliceert dat het geval sub c zich niet kan voordoen indien de debiteur geen contractuele verplichtingen meer heeft.<sup>41</sup>

Het Nederlandse recht stelt de eis van een wezenlijke tekortkoming niet.<sup>42</sup> Art. 6:265 BW geeft de schuldeiser een *recht* op ontbinding dat slechts dán niet bestaat indien de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis de (gevolgen van de) ontbinding niet rechtvaardigt. Zoals bekend is door een aantal auteurs<sup>43</sup> verdedigd dat ook naar Nederlands recht het belang van de schuldenaar zou vergen dat ontbinding slechts mogelijk is in geval van een wezenlijke tekortkoming, maar de Hoge Raad wil daarvan niet weten.<sup>44</sup> Recent nog werd de rechtbank Leeuwarden door de Hoge Raad teruggedroten toen deze een onderscheid had gemaakt tussen bedingen die de kern van de overeengekomen prestatie wél en die deze kern niet betreffen. In het eerste geval zou volgens de rechtbank wel grond bestaan voor ontbinding, in het tweede geval alleen indien de crediteur aantoonde dat zijn belang bij ontbinding zwaarder weegt dan het belang van zijn wederpartij bij instandhouding. Deze duidelijk door de idee van 'fundamental

---

<sup>37</sup> Zie boven, paragraaf 3.

<sup>38</sup> Art. 9:301 lid 1 luidt: 'A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental'.

<sup>39</sup> Art. 9:301, Comment A, p. 409.

<sup>40</sup> Zie Art. 8:103, Note 1, p. 366, waar de drie gevallen nauwkeurig worden teruggevoerd op Engelse cases en de Sale of Goods Act 1979.

<sup>41</sup> Zie ook Art. 8:103, Comment D, p. 366.

<sup>42</sup> De PECL worden op dit punt met Nederlands recht vergeleken in Art. 8:103, Note 3 en door Busch/Hondius, NJB 2000, p. 844 v.

<sup>43</sup> Met name F.B. Bakels, Ontbinding van wederkerige overeenkomsten, diss. Leiden 1993, Deventer 1993, p. 260 v. en T. Hartlief, Ontbinding, diss. Groningen 1993, Deventer 1993, p. 183 v. Zie thans ook Ton Hartlief/Myrthe Stolp, De ontbinding wegens tekortkoming aan banden gelegd: de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit als nieuw referentiekader, in: Smits/Stijns, Remedies, p. 245 v.

<sup>44</sup> HR 24 november 1995, NJ 1996, 160 en recent nog HR 4 februari 2000, RvdW 2000, 44.



non-performance' ingegeven redenering achtte de Hoge Raad in strijd met Nederlands recht.<sup>45</sup> Dat redelijkheid en billijkheid in de weg kunnen staan aan het vorderen van ontbinding waar schadevergoeding een minder zwaar middel is, is ook onder de PECL niet waarschijnlijk nu daar binnen de afweging juist aan de hand van de wezenlijke tekortkoming wordt gemaakt.

Het is moeilijk om vast te stellen of de regel uit de Principles 'beter' is dan die van het Nederlandse recht. Busch en Hondius achten de ontbindingsregeling van het Nederlandse recht beter geschikt voor consumententransacties nu deze meer rechtszekerheid biedt (immers een *recht* op ontbinding) en de regeling van de PECL beter voor handelstransacties omdat op grond daarvan beter tot een rechtvaardige uitkomst in het concrete geval kan worden gekomen.<sup>46</sup> Deze redenering lijkt ons twijfelachtig: rechtszekerheid is juist meer gewenst bij handelstransacties dan bij consumentenovereenkomsten. Bovendien is nu juist in de meer genoemde richtlijn verkoop en garanties bij consumentenkoop ontbinding uitgesloten bij een tekortkoming van 'geringe' betekenis, hetgeen dus waarschijnlijk precies voor de consumentenovereenkomst een op de wezenlijke tekortkoming gelijkende eis invoert.<sup>47</sup> Bovendien moet worden bedacht dat het belang van de debiteur bij instandhouding van de overeenkomst naar Nederlands recht doorgaans wordt bewaakt door de rechter omdat diens tussenkomst immers vereist is indien de buitengerechtelijke ontbinding wordt betwist (art. 6:267 BW). Volgens de PECL geschiedt ontbinding echter buitengerechtelijk (art. 9:303).

De gevolgen van de ontbinding volgens de PECL zijn grotendeels gelijk aan die van het Nederlandse recht. Zowel de hoofdregel van ontbreken van terugwerkende kracht (art. 9:305 PECL en art. 6:269 BW) als de verdere gevolgen van ontbinding (art. 9:306-309 en art. 6:271-272 BW) komen opvallend overeen. Zo is de onmogelijkheid van ongedaanmaking van de reeds verrichte prestatie geen beletsel voor ontbinding – hetgeen wel het geval is naar bijvoorbeeld Duits en Engels recht en volgens het Weens Koopverdrag (art. 82).<sup>48</sup>

## 6. De actie tot nakoming

Dat de regels over nakoming van een andere verbintenis dan die tot betalen van geld<sup>49</sup> in de PECL in sterke mate het karakter dragen van een compromis, was te verwachten. Berucht is immers de tegenstelling tussen de benadering van het Engelse recht (waar *specific performance* naar *equity* in beginsel alleen wordt toegestaan indien dat tot 'more perfect and complete justice' zou leiden) en die van de civil law (waar de mogelijkheid van het in rechte kunnen vorderen van nakoming evident is).<sup>50</sup> Welke uniformerende tekst dan ook moet iets met die tegenstelling. In het Weens Koopverdrag is het probleem omzeild door te bepalen dat de koper nakoming kan eisen (art. 46), maar dat de rechter niet gehouden is tot nakoming te veroordelen 'tenzij de rechter dit op grond van zijn eigen recht eveneens zou doen'. In de PECL is een ander type compromis gevonden: in beginsel heeft de schuldeiser recht op nakoming in natura, maar dat is in een viertal gevallen (gedeeltelijk geïnspireerd door Engels recht) anders. Nakoming vorderen is uitgesloten indien nakoming onmogelijk of verboden is (sub a), nakoming voor de debiteur buitenproportioneel moeilijk is (sub b), de prestatie bestaat in dienstverlening of van persoonlijke aard is (sub c) en indien de crediteur redelijkerwijs nakoming 'from another source' kan verkrijgen (sub d).

<sup>45</sup> HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208.

<sup>46</sup> Busch/Hondius, NJB 2000, p. 845.

<sup>47</sup> Art. 3 lid 6 richtlijn. De betekenis van het woord 'gering' is overigens niet helder.

<sup>48</sup> Zie ook Zimmermann, JZ 50 (1995), p. 485. De gevolgen van ontbinding worden in de PECL veel uitgebreider geregeld dan in de Unidroit Principles of International Commercial Contracts (art. 7.3.6).

<sup>49</sup> Zie daarover art. 9:101 PECL.

<sup>50</sup> Zie voor details Note 1 bij Art. 9:102 PECL, p. 399, Guenter Treitel, *The Law of Contract*, 10th. ed., London 1999, p. 950 en Smits, *Europees privaatrecht in wording*, p. 213 v.

De eerste drie van deze gevallen worden ook naar Nederlands recht min of meer erkend.<sup>51</sup> Art. 3:296 BW verplicht de rechter immers de vordering tot nakoming toe te wijzen tenzij (onder meer) uit 'de aard der verplichting' anders volgt. Daarmee is het geval sub c waarschijnlijk gedekt. Dat nakoming vorderen niet zinvol is indien dat onmogelijk<sup>52</sup> of verboden is of uiterst bezwaarlijk (sub a en b), wordt ook in ons land aangenomen.<sup>53</sup> Meer problematisch is het geval sub d, dat vorderen van nakoming uitsluit indien de crediteur redelijkerwijs een dekkingskoop kan sluiten. Indien A aan B een set gewone stoelen verkoopt en A bewijst dat B zonder nadeel te lijden diezelfde stoelen net zo goed bij C kan kopen, dan heeft B geen recht op nakoming jegens A, zo heet het in de Comments.<sup>54</sup> Dit is een vergaande afwijking van het Nederlandse (en andere continentaal-Europese) recht die enkel steunt op het praktische argument dat ontbinding en schadevergoeding vaak sneller en eenvoudiger aan de behoefte van de crediteur tegemoet komen dan nakoming.<sup>55</sup> Nederlandse juristen zullen ons inziens veel moeite blijven houden met deze vergaande knieval voor het belang van de schuldenaar, die op deze wijze wel erg gemakkelijk aan gebondenheid ontsnapt (zij het dat hij natuurlijk wel schadevergoeding verschuldigd blijft<sup>56</sup>).

In systematisch opzicht is trouwens opvallend – het kwam al aan de orde in paragraaf 2 – dat de beschikbaarheid van de actie tot nakoming in de PECL is gekoppeld aan de toerekenbaarheid van de *tekortkoming*. Slechts indien 'the non-performance is not excused under Article 8:108' staat de actie tot nakoming (naast die tot schadevergoeding) open (art. 8:101 lid 1 PECL). Strikt technisch genomen sluit dit systeem omdat toerekenbaarheid in de PECL impliceert dat een verhindering van nakoming bestaat<sup>57</sup> en nakoming dan dus per definitie onmogelijk is.<sup>58</sup> Naar Nederlands recht doet de constructie echter wat vreemd aan: het lijkt nu immers alsof de *tekortkoming* een voorwaarde is voor nakoming. Dat is natuurlijk niet het geval. Overigens geldt ook naar Nederlands recht dat – behoudens art. 6:79 BW – moeilijk een geval is te bedenken waarin overmacht geen tijdelijke of blijvende onmogelijkheid van nakoming impliceert.

Al met al kiezen de PECL met betrekking tot de nakoming van de overeenkomst duidelijk voor een versterkte positie van de debiteur. Waar het verkrijgen van schadevergoeding voor de crediteur wellicht eenvoudiger is onder de PECL dan naar Nederlands recht,<sup>59</sup> is de debiteur minder eenvoudig tot nakoming van de op hem rustende verplichting te dwingen. Deze constatering is het uitgangspunt voor enkele afsluitende opmerkingen.

## 7. Afsluitende opmerkingen

Het opstellen van beginselen van Europees contractenrecht is noodzakelijkerwijs een zoektocht naar een compromis tussen de diverse Europese rechtssystemen. In de hoofdstukken 8 en 9 van de PECL blijkt dat vooral bij de actie tot nakoming. Het beginsel van de civil law dat nakoming in rechte kan worden gevorderd, is daar gemitigeerd door uitzonderingen die duidelijk zijn geïnspireerd door de common law. Voor zover het de contractuele remedies aangaat, zijn de PECL in nog een ander opzicht een compromis: zij trachten om de belangen van schuldeiser en

---

<sup>51</sup> Zie voor een vergelijking ook Gerard de Vries, Recht op nakoming in het Belgisch en Nederlands contractenrecht, in: Smits/Stijns, Remedies, p. 27 v.

<sup>52</sup> De regel luidt van oudsher 'Impossibilium nulla obligatio est', waarover J.M. Smits, Het vraagstuk van de 'initial impossibility' en de contractvisie van de Unidroit Principles, in: Europees contractenrecht, Arnhem 1995, p. 127 v.

<sup>53</sup> Zie voor die gevallen van 'relatieve onmogelijkheid' Smits, Niet-nakoming, p. 21 v. Nakoming vorderen kan dan overigens wel, maar heeft geen zin omdat de rechter toch niet tot nakoming zal veroordelen.

<sup>54</sup> Art. 9:102, Comment H, p. 398.

<sup>55</sup> Art. 9:102, Comment H, p. 398.

<sup>56</sup> Betrekkelijk overbodig wordt dat nog eens bevestigd in art. 9:103 PECL.

<sup>57</sup> Zie paragraaf 4.

<sup>58</sup> Vgl. Art. 8:108, Comment D, p. 381.

<sup>59</sup> Zie echter paragraaf 4.

schuldenaar tegen elkaar af te wegen. Dit treedt aan de oppervlakte bij elke afzonderlijke remedie en ook bij de onderlinge verhouding van die remedies. Dat bijvoorbeeld schadevergoeding op relatief eenvoudige en nakoming op moeilijker wijze kan worden gevorderd, is hiervan uiting. Het is dit Europese compromis dat moet worden vergeleken met het Nederlandse recht.

Wat opvalt, is dat de PECL grotendeels overeenkomen met het Nederlandse recht inzake de remedies bij niet-nakoming. Zo is onder meer gebruik gemaakt van een uniform begrip van niet-nakoming, zoals in Nederland de tekortkoming dat ook is. Ook staat een actie tot verkrijging van schadevergoeding pas open indien de niet-nakoming kan worden toegerekend aan de debiteur en is er geen hiërarchie aangebracht tussen de remedies onderling. Anderzijds zijn er wel detailverschillen. Het meest in het oog springt wellicht dat de PECL bij ontbinding de eis van een wezenlijke tekortkoming stellen, waar deze door de Nederlandse Hoge Raad categorisch wordt verworpen.

Vast staat dat de PECL ook op het vlak van de contractuele remedies een belangrijke bijdrage zijn aan het wetenschappelijk debat. In die functie van discussiestuk – en niet zozeer als voorloper van een Europees BW – ligt volgens ons de grote waarde van de PECL. Doordat nationale rechtsstelsels voortaan kunnen worden vergeleken met één tekst die overal in Europa toegankelijk is, kan een ware Europese discussie ontstaan. Als opmaat voor een Europees BW zouden hoofdstuk 8 en 9 PECL trouwens ook minder geschikt zijn omdat het wél bindend Weens Koopverdrag en de te implementeren richtlijn 1999/44 deels van de PECL afwijken. Erg is dat niet: in dit (begin)stadium van ontwikkeling van het Europees privaatrecht zijn wij niet gebaat bij zekerheden, maar bij discussie. Dat die er in Europa óók over de contractuele remedies komt, is voor een belangrijk deel de verdienste van de Principles of European Contract Law.